Deutscher Bundestag **Drucksache 16/6112**

16. Wahlperiode 23. 07. 2007

Antwort

der Bundesregierung

auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Martin Zeil, Frank Schäffler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
– Drucksache 16/5990 –

Kommunale Selbstverwaltung und europäisches Vergaberecht

Vorbemerkung der Fragesteller

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht ist in Deutschland im Grundgesetz verbrieft. Durch das europäische Vergaberecht wird allerdings das Recht der Kommunen zur interkommunalen Zusammenarbeit eingeschränkt, da die Übertragung von öffentlichen Aufgaben von der Kommune auf eine andere Körperschaft wie beispielsweise einen Zweckverband nach Auffassung sowohl des Europäischen Gerichtshofs als auch der EU-Kommission mit dem europäischen Vergaberecht nicht in Einklang steht. Vielmehr müsse in solchen Fällen die Leistungserbringung europaweit ausgeschrieben werden. An dieser Einschätzung soll sich nach Meinung der EU-Kommission auch dann nichts ändern, wenn die Gemeinde sich in dem Zweckverband Kontroll- und Überwachungsrechte sichert, so dass auch weiterhin von einer Leistungserbringung der Kommune im Zusammenwirken mit anderen beteiligten Kommunen ausgegangen werden kann. Derartige Zusammenarbeit in Zweckverbänden ist jedoch nicht nur aus Effizienzgesichtspunkten in vielen Fällen geboten, sondern auch durch Bundes- und Landesrecht gedeckt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Zweckverbände nicht wie Private am Markt tätig werden, sondern ausschließlich Zuständigkeiten innerhalb kommunaler Verwaltungseinheiten übernehmen. Zweckverbände dürfen jedoch nicht Aufgaben wahrnehmen, die ebenso gut von Dritten erbracht werden können und so den Markt gefährden.

Auch die Vergabe kommunaler Aufgaben an Gesellschaften des Privatrechts in kommunaler Hand, die sog. Inhouse-Vergabe, ist vom europäischen Vergaberecht betroffen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs führt schon eine Minderheitsbeteiligung privater Unternehmen an kommunalen Eigengesellschaften in der Regel zur Ausschreibungspflicht. Dies kann dazu führen, dass der wünschenswerte Prozess der Privatisierung kommunaler Aufgabenerfüllung ins Stocken gerät. Auch in Gesellschaften, in denen die Kommune mit 51 Prozent der Mehrheitseigner ist, mithin 49 Prozent der Anteile bei Dritten liegen, ist von einer Aufgabenerfüllung im Verantwortungsbereich der Kommune auszugehen, da diese auf jeden Fall die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann. Der Grundsatz jedoch, dass kommunale Eigengesellschaften nur solche Aufgaben übernehmen dürfen, die Private nicht übernehmen können, ist richtig und muss auch durch entsprechende vergaberechtliche Vorgaben flankiert werden. Für Scheinprivatisierungen dürfen sich Kommunen

---

Die Antwort wurde namens der Bundesregierung mit Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 19. Juli 2007 übermittelt.
Die Drucksache enthält zusätzlich – in kleinerer Schrifttype – den Fragetext.

nicht auf den grundgesetzlichen Schutz der Selbstverwaltung berufen, denn dieses Recht umfasst nicht ein Verhalten von Städten und Gemeinden, das mit ordnungspolitischen Grundsätzen der Marktwirtschaft und der Verpflichtung zur transparenten und effizienten Haushaltsführung kollidiert.

Aufgaben, die die Kommunen im Rahmen der Daseinsvorsorge erbringen müssen, sind von den Anforderungen des Vergaberechts ausgenommen. Dies ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Daseinsvorsorge nicht auf eine Vielzahl von Bereichen ausgedehnt wird, die auch privatwirtschaftlicher Leistungserfüllung zugänglich sind. Die Daseinsvorsorge muss daher auf einen Kernbereich beschränkt werden.

1. Hält die Bundesregierung die Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung der Übertragung öffentlicher Aufgaben an Zweckverbände oder ähnliche Formen der interkommunalen Zusammenarbeit sowie der sog. Inhouse-Vergabe derartiger Aufgaben an kommunale Gesellschaften des Privatrechts mit dem Recht der kommunalen Selbstverwaltung gem. Artikel 28 des Grundgesetzes für vereinbar?

   Falls ja, warum?

   Falls nein, warum nicht?

2. Wie beurteilt die Bundesregierung die aktuelle Entwicklung des europäischen Vergaberechts im Hinblick auf interkommunale Zusammenarbeit?

3. Wie beurteilt die Bundesregierung die aktuelle Entwicklung des europäischen Vergaberechts im Hinblick auf die sog. Inhouse-Vergabe in Kommunen?

4. In welchem Umfang sollte nach Ansicht der Bundesregierung aus welchen Gründen die interkommunale Zusammenarbeit bzw. die Inhouse-Vergabe dem europäischen Vergaberecht unterliegen?

Die Bundesregierung betrachtet mit Sorge eine Ausdehnung des europäischen Vergaberechts auf innerstaatliche Organisationsentscheidungen, insbesondere auch auf interkommunale Kooperationen. Allerdings erscheint insoweit die Entwicklung des europäischen Vergaberechts noch im Fluss. Nach einer Phase der Ausdehnung des europäischen Vergaberechts auf nahezu alle innerstaatlichen Kooperationsformen, insbesondere im Anschluss an das sog. Spanien-Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) (C-84/03), ist nunmehr eine differenzierte Betrachtung zu beobachten. So hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf die Anwendung des europäischen Vergaberechts auf die Bildung von Zweckverbänden abgelehnt (VII-Verg 17/06; in diese Richtung wohl auch Urteil des EuGH in der Rechtsache C-295/05 „Tragsa“). Auch sind die zuständigen Dienststellen der Europäische Kommission offenbar mittlerweile der Auffassung, dass jedenfalls interkommunale Kooperationen, die eine vollständige Aufgabenübertragung von einer Kommune auf die andere Kommune zum Gegenstand haben (sog. delegierende Zweckvereinbarungen), dem europäischen Vergaberecht nicht unterlägen.

Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass innerstaatliche Organisationsentscheidungen grundsätzlich nicht dem europäischen Vergaberecht unterliegen. Hierfür fehlt es der Europäischen Union an einer Kompetenz. Dies gilt auch für alle Formen der Kooperation unter staatlichen Einheiten, insbesondere soweit sie Kooperationsformen nach Maßgabe der Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit sind. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob es sich um die Bildung eines Zweckverbandes, um eine „delegierende“ oder um eine „mandatierende“ Zweckvereinbarung handelt. Alle diese Fälle sind zusätzlich Ausdruck der kommunalen Selbstverwaltung, wie sie in Deutschland nach Artikel 28 des Grundgesetzes geschützt wird.

Für den Bereich der sog. Inhouse-Vergaben hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die Beteiligung eines Privaten am Auftragnehmer – unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung – die Anwendung des europäischen Vergaberechts zwingend erforderlich macht (Rechtssache C-26/03 „Stadt Halle“). Die Bundesregierung hält diese Einschränkung im Hinblick auf die notwendige weitere Entwicklung von institutionellen öffentlich-privaten Partnerschaften (PPP) in Deutschland für zu weitgehend. Nach Auffassung der Bundesregierung sollte eine gewisse Minderheitsbeteiligung Privater (bis z. B. 20 Prozent der Stimmrechte) für den Abschluss eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts unschädlich sein. Wesentlicher und wichtiger als die Frage der Höhe einer Beteiligung ist das weitere Erfordernis eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäftes, die Tatsache nämlich, dass die beauftragte staatliche Einheit keine oder nur in ganz unwesentlichem Umfang Geschäfte am allgemeinen Markt macht. Hauptsächlich durch dieses Erfordernis und nicht durch die Beschränkung der Kapitalbeteiligung wird verhindert, dass öffentliche Unternehmen privaten Unternehmen ungerechtfertigt Konkurrenz machen.

5. Welche Initiativen auf europäischer Ebene hat die Bundesregierung ergriffen bzw. will die Bundesregierung ergreifen, um das Recht der kommunalen Selbstverwaltung im Zusammenhang mit dem europäischen Vergaberecht zu schützen?

Die Bundesregierung hat die oben dargestellte Rechtsauffassung der Europäischen Kommission mehrfach mündlich und schriftlich mitgeteilt. Sie hat dabei auch die Europäische Kommission aufgefordert, in den europäischen Vergaberichtlinien klarzustellen, dass interkommunale Kooperationen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegen. Darüber hinaus führt die Bundesregierung derzeit mit der Europäischen Kommission einen Rechtsstreit vor dem Europäischen Gerichtshof, bei dem es um die Frage einer vergaberechtsfreien interkommunalen Kooperation geht (Rechtssache C-480/06 „Rotenburg/Wümme“). Auch dort verteidigt die Bundesregierung entschieden das Recht der kommunalen Selbstverwaltung.

6. Sind der Bundesregierung Initiativen oder Vorschläge auf europäischer Ebene bekannt, die Schwellenwerte für europaweite Ausschreibungen abzusenken?

   Falls ja, wie bewertet sie diese?

Nein

7. Wie wirken sich nach Auffassung der Bundesregierung die verschärften Auslegungen des europäischen Vergaberechts durch den Europäischen Gerichtshof hinsichtlich der Übertragung kommunaler Aufgaben an Gesellschaften des Privatrechts auf Öffentlich-Private-Partnerschaften aus?

8. Besteht nach Ansicht der Bundesregierung insbesondere die Gefahr, dass Öffentlich-Private-Partnerschaften durch die vergaberechtlichen Regelungen nicht mehr realisiert werden können, da regelmäßig die Leistungserbringung ausgeschrieben werden müsste?

Öffentlich-private Partnerschaften tauchen in verschiedenen Formen auf. Grundsätzlich handelt es sich dabei um eine langfristige vertragliche Zusammenarbeit zwischen Öffentlicher Hand und Privaten zur effizienteren Umsetzung öffentlicher Infrastrukturmaßnahmen. Dabei ist die Anwendung der allgemeinen vergaberechtlichen Bestimmungen auf öffentlich-private Partnerschaf-

ten im Grundsatz wünschenswert und sachgerecht. Sie stellt auch hier die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung sicher. Eine besondere Form einer solchen langfristigen Zusammenarbeit ist die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung der Öffentlichen Hand und Privater (sog. institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften). Hier hat die restriktive Auslegung von Inhouse-Geschäften durch den Europäischen Gerichtshof, insbesondere das umfassende Verbot privater Beteiligungen, öffentlich-private Partnerschaften erheblich erschwert und letztlich einen Trend zur Rekommunalisierung vormals gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen ausgelöst. Damit geht der öffentlichen Hand privates Kapital und Know-how verloren.

9. In welchen Bereichen hält die Bundesregierung aus welchen Gründen die Erbringung kommunaler Leistungen durch Öffentlich-Private-Partnerschaften gegenüber der Erbringung durch Private für bevorzugenswert?

Diese Frage müssen die Kommunen von Fall zu Fall selbst entscheiden. Die Bundesregierung mischt sich insoweit nicht in die kommunale Selbstverwaltung ein. Dies muss auch für das europäische Recht gelten.

10. Wie bewertet die Bundesregierung das EU-Grünbuch zum Stadtverkehr im Hinblick auf die mögliche Aufgabenübertragung des kommunalen öffentlichen Personennahverkehrs auf Zweckverbände, kommunale Eigengesellschaften oder private Dritte?

Das EU-Grünbuch zum Stadtverkehr liegt noch nicht vor. Die Europäische Kommission wird das Grünbuch voraussichtlich erst im September 2007 verabschieden und auf dem Verkehrsministerrat am 1./2. Oktober 2007 vorstellen. Bis dahin ist eine Stellungnahme der Bundesregierung nicht möglich. Die Bundesregierung wird sich in den Beratungen über das Grünbuch für die Gewährleistung des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung und die Wahrung des Subsidiaritätsprinzips einsetzen.

11. Welche Entwicklungen hinsichtlich der Definition und des Umfangs der Daseinsvorsorge sieht die Bundesregierung auf europäischer Ebene, und wie bewertet sie diese?

12. Inwiefern setzt sich die Bundesregierung für eine einschränkende Definition der Daseinsvorsorge auf europäischer Ebene ein?

Der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, der in der EU weitgehend synonym mit dem Begriff „Daseinsvorsorge“ verwendet wird, bezeichnet alle Leistungen, die mit Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind. Es ist anerkannt, dass den EU-Mitgliedstaaten ein weitgehendes Ermessen bei der Festlegung von Gemeinwohlverpflichtungen zusteht. In dieser Allgemeinheit ist der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ notwendig unbestimmt. Eine abstrakte Definition ist bisher nicht erfolgt und kaum zu leisten. Sie wird von der Bundesregierung auch nicht verfolgt. Wie „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ europarechtlich zu behandeln ist, bestimmt sich im Übrigen nach den konkret anzuwendenden Bestimmungen des Europarechts, das für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Artikel 16 und 86 EG-Vertrag zwar Sonderregelungen enthält, aber keine generelle Bereichsausnahme vorsieht.

13. Hält die Bundesregierung Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht im Bereich der Daseinsvorsorge für notwendig, und welche Aufgaben sollte diese konkret umfassen?

Die Bundesregierung bewertet sektorspezifisches Vergaberecht grundsätzlich kritisch. Ein öffentlicher Auftrag sollte grundsätzlich in transparenter Weise dem Markt angeboten werden. Damit erhalten alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer die gleichen Wettbewerbschancen. Gleichzeitig wird der wirtschaftliche Einkauf durch die öffentliche Hand sichergestellt. Dies gilt auch für öffentliche Aufträge im Bereich der Daseinsvorsorge. Eine andere Frage ist, wann ein öffentlicher Auftrag vorliegt. Nach Auffassung der Bundesregierung ist dies jedenfalls bei innerstaatlichen Organisationsentscheidungen nicht der Fall (s. o.).



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333